



Concepto 173851 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000173851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000173851

Fecha: 03/05/2023 05:10:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: PERSONERO. Salario. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Abogado. Excepciones para ejercer la profesión de abogado. RAD. 20239000253042 del 28 de abril de 2023.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Puede un personero municipal de un municipio de categoría sexta, fijarse el salario con cargo al presupuesto del municipio igual al 100% del salario aprobado por el concejo para el alcalde? o su salario debe corresponder al 70% del salario aprobado para el alcalde? ¿Puede un personero municipal de un municipio de categoría sexta, nombrar en provisionalidad y con contrato de prestación de servicios como secretaria de la personería, a una hermana de un funcionario directivo del ente territorial? ¿Puede un empleado de carrera administrativa en período de prueba, que es abogado, litigar en causa propia? El funcionario de carrera administrativa que es abogado, ¿debe renunciar a los procesos judiciales que tenga en curso antes de su posesión? o basta simplemente con sustituir el proceso a otro colega, para que no se genere inhabilidad. Qué consecuencias tiene para un empleado de carrera, no renunciar a los procesos judiciales que tuviera al momento de ser nombrado en carrera administrativa.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre el salario del Personero Municipal

Sobre el salario del Personero Municipal, la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", sobre el tema consultado, dispone:

"ARTÍCULO 73. Límite a las asignaciones de los servidores públicos territoriales. Ningún servidor público de una entidad territorial podrá recibir una asignación superior al salario del gobernador o alcalde."

ARTÍCULO 159. El monto de los salarios asignados a los Contralores y Personeros de los municipios y distritos, en ningún caso podrá superar el ciento por ciento (100%) del salario del alcalde.

ARTÍCULO 177. SALARIOS, PRESTACIONES Y SEGUROS. Los salarios y prestaciones de los personeros, como empleados de los municipios, se pagarán con cargo al presupuesto del municipio. La asignación mensual de los personeros, en los municipios y distritos de las categorías especial, primera y segunda será igual al cien por ciento (100%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde. En los demás municipios será igual al setenta por ciento (70%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde.

Los personeros tendrán derecho a un seguro por muerte violenta, el cual debe ser contratado por el alcalde respectivo."

Sobre este tema, la Corte Constitucional mediante sentencia C-223 de 1995, concluyó:

"No obstante, estima la Corte que, si bien es procedente que el legislador establezca diferentes categorías de municipios, con fundamento en el art. 320 de la Constitución, el cual le permite igualmente establecer distintas categorías de personerías y de personeros en consonancia con aquéllas, no es posible cuando se hace la categorización de los municipios, establecer diferenciaciones que no tengan una justificación razonable y objetiva. Así vemos, que la asignación mensual de los personeros en los municipios y distritos de las categorías especiales, primera y segunda será igual al ciento por ciento (100%) del salario mensual aprobado por el concejo para el alcalde. Sin embargo, en los demás municipios será igual al setenta por ciento (70%) del salario mensual del alcalde, lo cual a juicio de la Corte no tiene un sustento serio, objetivo y razonable que justifique la diferenciación, pues no encuentra la razón para que, con respecto a los municipios de las categorías especiales, primera y segunda la asignación del personero sea diferente en relación con el resto de los municipios."

De tal forma que, a partir de la ejecutoria de la sentencia C-223 de 1995, cuando el Concejo Municipal, teniendo en cuenta el límite máximo salarial establecido por el Gobierno Nacional, fija el salario mensual del Alcalde Municipal, está también estableciendo el salario mensual del Personero Municipal, como quiera que, a la luz del artículo 177 de la Ley 136 de 1994, la asignación mensual de los personeros, será igual al cien por ciento (100%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el Alcalde, sin importar la categoría del Municipio.

Conforme con lo expuesto, esta Dirección considera que el salario del Personero Municipal corresponde al 100% del salario del alcalde, sin que este monto pueda ser disminuido por alguna autoridad territorial.

Sobre el nombramiento de parientes del Personero Municipal

En relación a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

“Artículo 20. El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

(...)” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional anteriormente citada, la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o relaciones de matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

Para el caso específico, el Personero Municipal realizaría el nombramiento de la hermana de un funcionario directivo del ente territorial. En otras palabras, la persona que se proyecta nombrar, no es pariente del nominador y, en tal virtud, no se configura la inhabilidad contenida en el artículo 126 de la Carta.

No sucede lo mismo con el contrato de prestación de servicios, pues, según indica en su consulta, se trata de la hermana de un empleado del nivel Directivo. Sobre esta situación, la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, que en su artículo 8 determina:

“Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

(...)” (Subraya fuera del texto).”

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil ni el cónyuge compañero o compañera permanente con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o de un miembro de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

De acuerdo con el Código Civil colombiano, los hermanos se encuentran en segundo grado de consanguinidad, es decir, dentro del rango prohibido para efectuar la contratación. Por lo tanto, si quien se pretende contratar es hermana de un empleado del nivel Directivo, esta Dirección considera que estará inhabilitada para contratar con la misma entidad, por la limitación contenida en literal b) del numeral 2° del

artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Sobre la prohibición de ejercer la profesión de abogado para los servidores públicos.

La Ley 1123 de 2007, "Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado", señala lo siguiente:

"Artículo 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

PARÁGRAFO. Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley."

Los militares en servicio activo, con las excepciones consagradas en el Código Penal Militar.

Las personas privadas de su libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento o sentencia, excepto cuando la actuación sea en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios.

Los abogados suspendidos o excluidos de la profesión.

Los abogados en relación con asuntos de que hubieren conocido en desempeño de un cargo público o en los cuales hubieren intervenido en ejercicio de funciones oficiales. Tampoco podrán hacerlo ante la dependencia en la cual hayan trabajado, dentro del año siguiente a la dejación de su cargo o función y durante todo el tiempo que dure un proceso en el que hayan intervenido." (Se subraya).

La Corte Constitucional en sentencia C-1004 del 22 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 numeral 1 parágrafo de la Ley 1123 de 2007, señaló:

"14.- Como se desprende de la lectura del artículo en mención, no pueden ejercer la profesión de abogacía - aun cuando se encuentren inscritas y en uso de licencia - aquellas personas que ostenten la calidad de servidores públicos. Lo establecido en el numeral primero del artículo 29 representa la regla general y tiene como destinatarios a los servidores públicos. El parágrafo, configura, entretanto, la excepción y se aplica a los servidores públicos que además sean docentes de universidades oficiales.

La regla general consiste, por consiguiente, en que a los servidores públicos no se les permite *prima facie* ejercer la profesión de abogacía, así estén debidamente inscritos y quieran hacerlo en uso de licencia. Únicamente pueden los servidores públicos ejercer la profesión de abogacía cuando deban hacerlo por función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permite. Se les prohíbe de manera terminante a los servidores públicos litigar contra la Nación, el Departamento, el Distrito o el Municipio dependiendo del ámbito de la administración a que se suscriba la entidad o el establecimiento al que estén vinculados estos servidores públicos. No obstante lo anterior, se permite a los servidores públicos litigar en causa propia y fungir como abogados de pobres.

Lo anterior para asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones, bajo la aplicación de los principios de eficacia, neutralidad e imparcialidad y también para impedir que los servidores públicos profesionales de la abogacía, que estén debidamente inscritos, incurran en situaciones que puedan originar conflictos de intereses. Para todos los servidores públicos se prevén ciertas salvedades que de presentarse los habilitarían para ejercer su profesión de abogacía cuando: (a) lo deban hacer en función de su cargo; (b) el respectivo contrato se los permita; (c) litiguen en causa propia; (d) obren como abogados de pobres en ejercicio de sus funciones." (Se subraya).

Ahora bien, es pertinente analizar el concepto de "causa propia". La Enciclopedia Jurídica¹ define el concepto "por derecho propio" en los siguientes términos:

"Por derecho propio; "por sí"; "por su propio derecho"

Frases usadas habitualmente en los escritos judiciales para indicar que se actúa personalmente, es decir, sin mediación de apoderado o mandatario." (Se subraya).

Adicionalmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en la sentencia C-290 de 2008, en los siguientes términos:

"La Corte ha considerado que el abogado ejerce su profesión principalmente en dos escenarios: (i) por fuera del proceso, a través de la consulta y asesoría a particulares, y (ii) al interior del proceso, en la representación legal de las personas naturales o jurídicas que acuden a la administración de justicia para resolver sus controversias.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el abogado ejerce su profesión dentro y fuera de un proceso que cursa en la administración de justicia. Así, la prohibición que pesa sobre los servidores públicos debe entenderse en estas áreas de ejercicio de la profesión sin importar si la actividad es o no remunerada.

Debe entenderse entonces, que los servidores públicos que tienen la profesión de abogados, no podrán ejercer su profesión, excepto cuando:

Lo hagan en función de su cargo.

El contrato laboral (para trabajadores oficiales), se los permita.

Litiguen en causa propia.

Obren como abogados de pobres en ejercicio de sus funciones.

Sean docentes de universidades oficiales.

En caso de transgredirse los preceptos relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado, incluyendo la prohibición que pesa sobre los servidores públicos, se debe atender a lo señalado en el artículo de la ya citada Ley 1123 de 2007, que indica:

“Artículo 17. *La falta disciplinaria.* Constituye falta disciplinaria y da lugar a imposición de sanción la comisión de cualquiera de las conductas previstas como tales en el presente código.”

Para imponer una sanción contra el servidor público que tiene la calidad de abogado, se debe seguir el procedimiento señalado en la Ley. La graduación de la pena, deberá responder a los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija la citada Ley 1123.

En cuanto a la posibilidad de renunciar o sustituir el poder, esta Dirección considera que para evitar que se configure la incompatibilidad consagrada en la norma, el abogado debe renunciar a los poderes conferidos, pues la sustitución del poder implica, por sí, la potestad de reasumirlo en cualquier momento lo que indica que el abogado no se separa definitivamente del proceso. Así lo señala el Código General del Proceso:

Artículo 75. Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados. (...)

Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.

(...)

Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.” (Se subraya).

“Artículo 76. Terminación del poder. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

El auto que admite la revocación no tendrá recursos. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de dicha providencia, el apoderado a quien se le haya revocado el poder podrá pedir al juez que se regulen sus honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. Para la determinación del monto de los honorarios el juez tendrá como base el respectivo contrato y los criterios señalados en este código para la fijación de las agencias en derecho. Vencido el término indicado, la regulación de los honorarios podrá demandarse ante el juez laboral.

Igual derecho tienen los herederos y el cónyuge sobreviviente del apoderado fallecido.

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

(...).”

Mientras que la sustitución conserva latente las facultades del apoderado que sustituye, la renuncia genera la desvinculación definitiva del apoderado en el proceso. Así las cosas, para evitar la incompatibilidad contenida en la Ley 1123 de 2007, el abogado deberá renunciar a los procesos judiciales que tiene a su cargo, pues la figura de la sustitución del poder implica la potestad de reasumirlo, lo que indica que el abogado no se separa definitivamente del proceso.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección, respecto a la incompatibilidad de que un servidor público ejerza la profesión del derecho, concluye lo siguiente:

Un empleado de carrera administrativa en período de prueba, que es abogado, puede litigar en causa propia, pues es una de las excepciones contenidas en la Ley respecto de la prohibición de ejercer la abogacía por ser servidor público.

El funcionario de carrera administrativa que es abogado, debe renunciar a los procesos judiciales que tenga en curso antes de su posesión, pues la simple sustitución del poder no lo desliga del proceso.

El servidor público que incumpla la prohibición de ejercer la profesión de abogado sin estar en una de las excepciones contempladas en la Ley, podrá ser sancionado disciplinariamente.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web

www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/por-derecho-propio/por-derecho-propio.htm>

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:47:45